

Riflettendo sull'ordinanza n. 38/2022 del CGARS, 19 febbraio 2022
Eccezionalità e pandemia. Spunti per una riflessione
sul possibile ruolo di un diritto del rischio

di Loredana Giani

1. Che l'emergenza pandemica fosse una sfida inimmaginabile per qualsiasi sistema istituzionale era circostanza a dir poco ovvia, già dal rapido succedersi degli eventi che precipitosamente hanno portato al primo *lockdown* durante il quale tutti, inebetiti e inermi, assistevano alle agghiaccianti immagini che venivano trasmesse, senza soluzione di continuità da tutte le testate. Altrettanto ovvio è il fatto che essa ha portato all'attenzione di tutti alcuni nodi critici del nostro sistema istituzionale rispetto ai quali la riflessione è dovuta, moralmente dovuta quanto meno per "rispetto" verso coloro che attraverso il loro sacrificio ci hanno traghettati in una situazione in cui, distratti da altri eventi, cominciamo a proiettarci in una situazione di post-pandemia.

È indubbio che l'emergenza pandemica abbia palesato da un lato l'interdipendenza della società moderna in ragione della sincronizzazione globale dell'esperienza di crisi, dall'altro ha messo a nudo alcune criticità strutturali del nostro sistema.

In queste mie brevissime riflessioni vorrei focalizzare l'attenzione su due nodi che, a mio sommo avviso, hanno un rilievo cruciale nella lettura e interpretazione – facile da una situazione *ex post* – delle soluzioni poste in essere e della loro graduale efficacia¹.

2. Il primo è certamente rappresentato dalla considerazione del rapporto tra emergenza e rischio. Sebbene l'emergenza pandemica avesse il carattere della inimmaginabile eccezionalità e straordinarietà, anche se pochi giorni dopo il primo *shock* la memoria è subito andata alla "spagnola" – quindi eccezionale ma non impossibile –, non ci si può esimere dal domandarsi quale sia stata l'effettiva capacità di risposta del nostro sistema istituzionale. Sebbene sia facile celarsi proprio dietro il velo della eccezionalità dell'evento, già la sola considerazione della diversa capacità di risposta che le parti del territorio hanno manifestato impone che si rifletta su quello che è evidentemente il dato di base e cioè la capacità del sistema e in particolare del sistema amministrativo di trovare al proprio interno

¹ Quanto qui esposto richiama gli esiti di una ricerca che sono stati racchiusi nel volume *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, a cura di L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police, Napoli, 2018, e in particolare al contributo L. GIANI, Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze, 15 ss. al quale sia consentito rinviare.

gli strumenti attraverso i quali rispondere alle sollecitazioni imposte proprio dalla eccezionalità.

È indubbio che la situazione determinata dalla pandemia abbia reso necessaria l'adozione di misure rigorose per regolare l'interazione sociale al fine di garantire non solo la salute individuale ma anche quella collettiva, anche attraverso la garanzia di un bilanciamento di una serie complessa di elementi, valutazioni, strumenti, sì da assicurare la stessa tenuta del sistema sanitario, evitando il ripetersi di quelle scene agghiaccianti cui tutti noi abbiamo assistito inermi e anche considerando le conseguenze, anche economiche di breve medio e lungo periodo, e le conseguenze su quella che potremmo definire l'altra sanità. Ma è altresì vero che non solo il sistema non era pronto, ma non aveva in sé gli strumenti per poter costruire una possibile reazione se non ricorrendo alla straordinarietà amministrativa.

Non è certamente questa la sede per richiamare il dibattito, pur assai nutrito, sulla assenza nel nostro sistema dello stato di eccezione, in maniera meno ambiziosa vorrei soltanto richiamare l'attenzione su un dato che è emerso, soprattutto nel raffronto tra le diverse esperienze territoriali: e cioè la loro diversa capacità di rispondere, in maniera più o meno efficace, alle sollecitazioni imposte dal verificarsi dell'evento eccezionale. E così in alcuni casi abbiamo assistito a una risposta dominata dalla straordinarietà, rispetto alla quale, l'evento eccezionale, figlio della complessità, non ha trovato altra via se non attraverso la messa in campo di strumenti eccezionali che hanno derogato a qualsiasi regola di funzionamento del sistema, risultando, le soluzioni adottate in deroga a qualsiasi norma anche procedurale (penso solo alle procedure di gara) proiezione della straordinarietà della fattispecie insolita. Penso alla prima reazione dell'allestimento delle terapie intensive in Fiera a Milano, o ancora all'allestimento dei poli vaccinali, che sono poi stati rimossi, per poi essere ripristinati quando si è verificata la necessità di una seconda, e poi di una terza dose vaccinale. In altri casi, invece, il sistema è riuscito a trovare al proprio interno degli elementi su cui fondare una reazione che, pur straordinaria, si è posta in linea con i parametri di funzionamento del sistema, generando un contesto ordinario di reazione al medesimo evento eccezionale. Il riferimento è evidentemente alla prima reazione predisposta in Veneto dove la prima emergenza è stata affrontata attraverso un potenziamento della medicina di territorio. Ma gli esempi ben potrebbero proseguire richiamando, ad esempio, le misure adottate per il ritorno in classe per le quali tra banchi con e senza rotelle per la garanzia del distanziamento si sono perse di vista altre vie, quali l'installazione di impianti di purificazione dell'aria che, invece, sono stati adottati da alcune realtà, tra l'altro seguendo le "normali" procedure di gara.

Reazioni diverse che affondano le proprie radici in contesti diversi, in sistemi normativi regionali diversi, in scelte politiche diverse che si sono rivelate più o meno resilienti, per utilizzare un termine ormai abusato, più o meno idonee a

generare meccanismi procedurali flessibili che, garantendo un costante dialogo tra scienza e diritto, hanno consentito un tempestivo adeguamento alle esigenze contingenti, con un conseguente maggiore (o minore) adeguamento alla consistenza del dato reale.

3. Il secondo elemento è rappresentato dalla conflittualità, che in alcuni momenti pare insanabile – si pensi proprio alla tematica dei vaccini – tra tecnica e diritto.

Si tratta di una questione assai delicata che intercetta da un lato il rapporto dialettico – a tratti conflittuale – tra solidarietà e interazione, che in alcuni casi sembra voler rideclinare lo stesso concetto di solidarietà legata all'interesse collettivo, cogliendo nella frammentazione il passaggio (necessario) per garantire la coesione in generale; dall'altro la valutazione della stessa funzione sociale della scienza, messa spesso in discussione attraverso un meccanismo originante forse in una deriva cognitiva alimentata dall'incertezza, e che ha addirittura portato quasi a un'inversione di quella rotta che ha caratterizzato la cultura politica del XIX secolo che, come sappiamo, aveva proposto la tecnica, espressione di un sapere specializzato, come limite all'arbitrio della politica. E così la stessa tecnica è stata coinvolta dalle ondate di insicurezza e la libertà e la sicurezza sono entrata in contrapposizione, l'autodeterminazione entrata in conflitto con quel *«dovere da parte del cittadino di collaborare con la collettività, nel senso di promuovere per se stesso tutti quei mezzi, tutte quelle iniziative che tendono a tutelare la sua stessa salute»*, cui ci esortavano i Padri costituenti nelle sedute del 22 e 24 aprile del 1947, tanto da mettere in dubbio la stessa proporzionalità delle disposizioni adottate, sia con riferimento ai profili relativi al distanziamento e alle chiusure e contingentamenti degli spazi, sia avuto riguardo alla stessa vaccinazione.

E così nella definizione dei confini tra tecnica e diritto, l'incertezza, connaturata alla scienza, è stata messa di fronte a una (ritenuta) imprescindibile completezza dei dati, certezza delle valutazioni, dimenticando quelle che sono le logiche proprie di queste dinamiche che impongono una contestualizzazione degli stessi principi generali di precauzione, prevenzione e sostenibilità attraverso il ricorso al principio di responsabilità, rispetto al quale deve ritenersi superata la ritenuta irrilevanza etica del rapporto dell'uomo con il mondo extraumano, fondata sulla non necessarietà, in favore di una impostazione che non può prescindere dalla valutazione delle conseguenze delle azioni umane, con il conseguente mutamento dell'imperativo categorico, nel senso di non poter rischiare il non essere delle generazioni future, garantendo la sostenibilità, anche per le generazioni presenti, delle scelte.

In questa prospettiva, l'attenzione si sposta sulla considerazione degli effetti dell'atto, calcolati sulla base del quadro delle conoscenze disponibili, così che la

responsabilità risulti proporzionata al proprio sapere, rapportata a quei valori che devono (o dovrebbero, in una prospettiva di responsabilità) costituire il fondamento dell'azione dell'individuo, in una dimensione in cui la stessa responsabilità del decisore, del soggetto agente, non si limita alla mera responsabilità per la sua azione, come espressione di un dover fare, ma abbraccia in un'ottica decisamente più ampia, anche il dover essere, coniugando, per tale via, le due prospettive del "potere" e del "dovere" verso gli altri.

In questo quadro di contesto, l'attenzione del soggetto pubblico nella predisposizione delle sue azioni, non può riguardare solo gli eventi probabili, per i quali la normalizzazione si presenta come un processo di facile realizzazione, ma deve, nella prospettiva di garanzia di una organizzazione e di una scelta appropriate, contemplare anche le fattispecie insolite. Con evidente spostamento dell'attenzione sul profilo della prevenzione, intesa, per dirla con Luhmann², come *«preparazione a dei futuri incerti, mirata alla riduzione tanto della probabilità che si verifichi un danno, quanto del suo ammontare»*, e soprattutto mirata alla garanzia di una dotazione del sistema di quelle competenze e capacità reattive che gli consentono di far fronte al verificarsi della fattispecie insolita.

In questo senso risulta evidente come il giuridico, in quanto connesso alla scienza e alla tecnica, in virtù della propria necessità, costituisce lo *Übergang*, il passaggio dalla identità individuale a quella collettiva.

4. Si intercetta, così, il vero nucleo problematico del rapporto tecnica/diritto, rappresentato dalla "certezza". E così, e l'esperienza del dibattito sulla "utilità"/"opportunità"/"necessarietà" dei vaccini ce lo dimostra, si intercetta un duplice profilo problematico riconducibile, da un lato, alla definizione dell'ambito di applicazione, per verificare se la dinamica prima richiamata si estenda ai soli rischi oggettivi, e cioè se essa sia riferita alla sola "prevenzione", o se, al contrario, essa si estenda anche alla "precauzione" e, dunque, alla considerazione anche di rischi ipotetici, fondati su soli indizi; dall'altro alla comprensione del limite entro il quale la considerazione del rischio e del pericolo, in una prospettiva tesa a garantire la responsabilità del decisore, anche nei confronti delle generazioni future, entri nel processo decisionale, e soprattutto a quale livello, verificando come, e in che termini, essa permei le singole decisioni individuali, fino a risalire allo stesso livello normativo.

E così lo stesso ricorso alla tecnica, non può ridurre la complessità il cui imperativo, ci ricordava Morin, *«consiste anche nel pensare in forma organizzativa, consiste nel capire come l'organizzazione non solo si risolva in pochi principi d'ordine, in poche leggi e come essa abbia invece bisogno di un pensiero complesso estremamente elaborato. Un*

² N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996.

pensiero organizzazionale che non comprende la relazione auto-eco-organizzatrice – cioè la relazione profonda e intima tra sistema e ambiente- che non comprenda la relazione ologrammatica tra le parti e il tutto, che non comprenda il principio di ricorsività [...] ebbene, un pensiero di tal genere è condannato ai luoghi comuni, alle banalità, e quindi all'errore»³. E esso, il ricorso alla tecnica, non azzera i rischi, risente dei rischi connessi alla tecnica, alla sua mutabilità, ma valorizza una dimensione complessa nella cui valutazione entrano elementi quali l'impatto delle decisioni, la loro appropriatezza.

In questo contesto, la considerazione del pericolo e del rischio, come risultante di una lettura del rapporto tra tecnica e diritto, non può essere letta con valenza condizionante facendo ricorso al solo principio probabilistico e su elementi che, come abbiamo potuto verificare in concreto, non offrono una *performance* ottimale al verificarsi di fattispecie insolite, elementi quali la (sopravvalutazione) della capacità di tenere sotto controllo situazioni precarie, controllare una tendenza a causare danni. E non è un caso che lo stesso Luhmann avvertiva che fosse indispensabile, o quanto meno opportuno, stabilire dei valori soglia che consentano di far fronte ai pericoli e ai rischi attraverso l'adozione di una rigorosa azione preventiva che, nel caso del rischio, può arrivare al limite estremo della non azione, o della azione obbligata per tutti, nel caso del pericolo può, invece, delineare misure di intervento programmate. Non si possono, dunque, ignorare, e qui viene in gioco la solidarietà richiamata in apertura, gli stessi effetti sistemici delle decisioni, quel *system neglect* di cui parlava Sunstein, nella consapevolezza che la valutazione parziale dei rischi ha influenze distorsive della stessa efficacia delle decisioni.

In questa prospettiva di diritto del rischio, la sua (del rischio) prevenzione va oltre l'adozione delle misure precauzionali strettamente intese, giungendo fino al punto di prevedere possibili linee di intervento nel quadro delle decisioni ordinarie, intendendo per tali decisioni dai contenuti eccezionali, assunte per far fronte agli effetti (o per contenere gli effetti) correlati al verificarsi di una fattispecie insolita, assunte però con limitate eccezioni alle regole procedurali ordinarie.

5. In questo modo la fisiologica convivenza tra diritto e rischio consentirebbe una "normalizzazione" delle fattispecie insolite, che non ne fa sottovalutare né la eccezionalità, né la urgenza, ma che mette a disposizione della stessa amministrazione una cassetta degli attrezzi, delle competenze, che consentano di trovare nel sistema gli elementi per il raggiungimento del nuovo equilibrio.

E in questo senso, dunque, la stessa proporzionalità delle misure adottate non può essere bilanciata solo con il paradigma precauzionale, che di fatto argina la prepotenza dell'incertezza scientifica, ma con quella serie di elementi di siste-

³ E. MORIN, *Le vie della Complessità*, in Aa. Vv., *La sfida della complessità*, Milano, 1985, 49 ss., 59.

ma, quali i rischi per la salute individuale, per la salute collettiva, la possibilità e pericolosità di ulteriori varianti, i costi, non solo in termini di vite umane, ma anche i costi che ricadono sulle strutture nel medio e lungo periodo, anche con riferimento alla gestione delle altre patologie, di cui non si parla, ma non perché miracolosamente scomparse, ma semplicemente perché la capacità assistenziale sanitaria è stata deviata altrove.

Dunque, una proporzionalità, appropriatezza della decisione che, come sottolineato anche nelle sedi comunitarie, non può non considerare anche l'impatto sul bilancio collettivo come espressione di quella responsabilità sociale evitando, così, che l'incertezza ipotechi lo sviluppo e pregiudichi le generazioni future.

In questo contesto, dunque, in cui l'incertezza è in sé ineliminabile, la appropriatezza della decisione non può che essere garantita procedendo per gradi, avendo coscienza dei rischi, procedere attraverso un metodo scientifico che offre una razionalizzazione dei rischi che, sia chiaro, non possono essere letti con una valutazione *ex post*, ma vanno esaminati con riferimento alla situazione concretamente esistente al momento in cui la decisione è stata assunta. In questo senso, dunque, la stessa determinante del contesto non può non incidere non solo sulla proporzionalità, ma sulla stessa appropriatezza (valutata secondo un prisma in cui si considerano gli elementi organizzativi, i dati relativi alle risorse disponibili, i dati relativi all'impatto anche sociale della stessa decisione) della decisione, e quindi non può prescindere dalla determinante del fatto nella valutazione degli interessi e dunque nella composizione della decisione stessa.

E così, nella composizione dei filtri per la lettura della incertezza non può mancare una particolare attenzione a tutti quegli strumenti che consentano una comprensione del fatto, evitando strumentali manipolazioni informative portate avanti sotto la "bandiera" della (inarrivabile) certezza richiesta a una scienza incerta o letture, forzate, penso alla lettura che alcuni giornali hanno dato della decisione del TAR Friuli Venezia Giulia⁴ che, come emerge inconfutabilmente dal testo, imputa la mancata conferma in sede cautelare del decreto monocratico non a un "errore della scienza", non all'incertezza scientifica, ma più semplicemente alla valutazione degli effetti irreversibili ormai prodotti della decisione monocratica, e degli effetti conformativi della decisione. Una lettura, quella offerta da alcuni, che farebbe ingiallire di colpo le pagine di Mario Nigro dove commentava il divieto per ragioni sanitarie del raduno degli alpini.

⁴ TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 12 febbraio 2022, ord. n. 14.